

SUBJETIVIDADE E DIREITO NA TEORIA DE LUÍS ROBERTO BARROSO: UM REVOLVIMENTO A PARTIR DA PÓS-MODERNIDADE

SUBJECTIVITY AND LAW IN LUÍS ROBERTO BARROSO'S THEORY: A GYRE BY POSTMODERNITY

David Barbosa de Oliveira¹

Thiago Cordeiro Gondim de Paiva²

RESUMO

O texto desenvolvido consiste em um revolvimento da teoria de Luís Roberto Barroso. Em especial, analisa-se se a pós-modernidade, um dos referenciais teóricos indicados por Barroso para o desenvolvimento de sua teoria neoconstitucionalista, traz sustentação sólida para a tese do ativismo judicial por ele articulada, que defende que o juiz e o Poder Judiciário detêm centralidade para afirmar o direito através da moldura da Constituição, uma espécie de papel iluminista. E, da análise de alguns aspectos trabalhados por teóricos que estariam dentro do que se convencionou chamar de pós-modernidade, demonstrar-se-á a inadequação da tese subjetivista de Barroso. Para a análise que se propõe, será utilizada uma metodologia inspirada na Fenomenologia Hermenêutica e na Filosofia Estrutural-sistemática.

Palavras-chave: Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo. Pós-modernidade. Subjetividade. Contradição.

ABSTRACT

This text consists of a gyre of Luís Roberto Barroso's theory. In particular, it analyzes whether post-modernity, one of the theoretical references indicated by Barroso for the development of his neoconstitutionalist theory, provides solid support for the thesis of judicial activism articulated by him, which argues that the judge and the judiciary have the centrality to affirm the law through the framework of the constitution, a kind of Enlightenment role. And by analyzing some aspects worked on by theorists who would be within what is conventionally called post-modernity, Barroso's subjectivist thesis will be shown to be somewhat inadequate. For this analysis, a methodology inspired by Hermeneutic Phenomenology and Systematic-Structural Philosophy will be used.

Keywords: Luís Roberto Barroso. Neoconstitutionalism. Postmodernity. Subjectivity. Contradiction.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é jogar luzes para como Barroso apresenta a relação entre a pós-modernidade e o constitucionalismo contemporâneo brasileiro. E, aprofundando a temática, verificar se a proposta de Barroso se sustenta ou, pelo menos, é a mais adequada para se pensar a relação por ele articulada.

Propõe-se, dito de outro modo, uma investigação do neoconstitucionalismo de Luís Roberto Barroso, em especial a adequação da sua tese ativista diante da própria fundamentação apresentada por Barroso (Leite; Sarlet, 2008; Carbonell, 2003; Streck, 2011).

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Líder do grupo de pesquisa em Direito, Sociedade e Crítica (GPDISC).

² Advogado. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

O percurso da reflexão ora desenvolvida se dará da seguinte forma: primeiro, apresentar-se-á a interpretação que Barroso traz para a pós-modernidade, contextualizando-a dentro da estrutura de seu neoconstitucionalismo; depois, serão aprofundadas as questões próprias da pós-modernidade, trazendo-se para o diálogo os teóricos pós-modernos e alguns de seus intérpretes; para, então, realizar-se uma espécie de análise qualitativa da tese ativista de Barroso para o constitucionalismo contemporâneo brasileiro, à luz das reflexões proporcionadas pelas teorias pós-modernas.

Convém, ainda, destacar que a pesquisa pretendida adota uma metodologia que investiga aspectos hermenêuticos e analíticos, inspirando-se, por exemplo, no método fenomenológico-hermenêutico heideggeriano, que é um modo de pensar a partir de três pontos principais: redução, destruição e re(des)construção (Stein, 1973), como também na Filosofia Estrutural-sistemática (FES), de Lorenz Puntel, que vê na linguagem três dimensões irrecusáveis, que devem ser consideradas na análise de uma teoria, que são a lógica, a semântica e a ontologia, bem como que linguagem e mundo são verso e reverso da mesma moeda, ou seja, sempre que se fala se fala sobre algo do mundo e, portanto, de uma dimensão ontológica (Puntel, 2008).

Inclusive nos dois primeiros tópicos a indicação da teoria refletida estará restrita à própria articulação de Barroso, ou seja, sem outras referências bibliográficas sobre o assunto, o que será necessário para que a sistematização fique o mais fidedigna possível ao que ele efetivamente articula, sem a intermediação de outros intérpretes. Dito isso, esclarece-se que não se sacrificará o diálogo de fontes com a utilização desse método, já que esse diálogo aparecerá de forma bastante evidente ao se tematizar sobre a pós-modernidade e, depois, sobre a teoria de Barroso a partir da pós-modernidade.

Foi com base nessa inspiração teórico-metodológica que o percurso da investigação foi traçado, uma espécie de revolvimento da teoria de Barroso a partir de seu próprio quadro teórico, seguido da apresentação de questões importantes, que não foram observadas por Barroso, desde onde se pode continuar o debate, sendo certo que esse é o objetivo maior do estudo que se passa a articular.

2 O ARGUMENTO BARROSIANO SOBRE PÓS-MODERNIDADE E A BUSCA DA RAZÃO POSSÍVEL

A relação que Barroso vislumbra entre a pós-modernidade e o constitucionalismo contemporâneo brasileiro é desenvolvida por ele, especialmente no segundo capítulo

do livro *O novo direito constitucional brasileiro*, intitulado de *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo*, mais precisamente no tópico 1. *Pré-compreensão do tema*, cujos subtópicos são: 1.1. *A pós-modernidade e o direito* e 1.2. *A busca da razão possível* (Barroso, 2014).

Barroso elege a Pós-modernidade e a Teoria Crítica³ como os fundamentos filosóficos para a sua teoria neoconstitucionalista⁴, que justificariam uma mudança de paradigma que indicaria a superação do positivismo pelo pós-positivismo. Articula, assim, que a pós-modernidade seria uma forma de pensar contemporânea, que tematizaria o rompimento com a razão moderna, eivada da pretensão totalizante de dar conta de todos os problemas (ou questões) que pudessem ser questionados. Esse quadro teórico, para ele, revelaria que, para a interpretação dos fenômenos jurídicos e políticos, não seria suficiente um mero exercício abstrato de verdades atemporais e universais, mas que, para a compreensão dos sistemas jurídico e político, por exemplo, seria preciso observar os aspectos históricos, bem como os fatos e circunstâncias do intérprete, visto que passariam a informar o horizonte de pré-compreensão do ser humano. Em suas palavras:

Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que se denomina de *pré-compreensão* (Barroso, 2014, p. 102).

Assim, em decorrência da fragmentariedade existente no panorama contemporâneo, que se apresentaria nos múltiplos horizontes de compreensão dos problemas e das questões, teria havido um estremecimento no que toca à certeza e objetividade da lei e, portanto, da segurança jurídica, sugerindo Barroso que o paradigma jurídico contemporâneo deve ser o da melhor solução para o caso concreto. Literalmente:

A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricão judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz,

³ Sobre a relação que Barroso propõe entre a teoria crítica e o constitucionalismo contemporâneo foi desenvolvido um trabalho anterior dos mesmos autores deste artigo (Oliveira; Paiva, 2023).

⁴ Entretanto, para o recorte analítico ora desenvolvido, somente a sua interpretação sobre a pós-modernidade – e como ela se relacionaria com o constitucionalismo brasileiro contemporâneo – será analisada. O que se justifica pela própria complexidade do tema e o diminuto espaço do qual se dispõe no modelo de trabalho ora proposto.

transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido (Barroso, 2014, p. 103).

Articula que também teria havido um abalo da racionalidade moderna, que teria ficado aprisionada na crença iluminista do poder quase absoluto da razão. Para ele, essa tese foi revisitada, principalmente a partir de dois *ataques* proporcionados por Marx e Freud, que articularam, respectivamente, as questões da influência da ideologia e do inconsciente, de modo que o pensamento passaria a dividir espaço com essas outras dimensões (Barroso, 2014).

Para o direito, tematiza que esse abalo teria afetado conceitos como os da neutralidade e da objetividade, entendido o primeiro como o completo distanciamento do intérprete e o segundo como a inexistência de participação da subjetividade no processo interpretativo, destacando que a “moderna dogmática jurídica” superara a ideia de que o texto da lei tem um sentido único, e que a objetividade de que se passa a falar é a meramente possível.

Levada a efeito, essa reflexão propõe a tese de que a interpretação e aplicação do direito seriam atos de conhecimento que se dariam dentro de uma moldura (constitucional), já que a Constituição é que revelaria o espaço de criatividade e senso de justiça dos magistrados. Essa seria, precisamente, a vitória do constitucionalismo (Barroso, 2014).

Por fim, embora destaque que o juiz (e o judiciário), ao atuar como intérprete da Constituição, não possui um “mandato para voluntarismos de matizes variados”, já que “a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha”, situa a própria Constituição em uma dimensão teológica, reconhecendo que o projeto da modernidade não se consumou e que, portanto, não se poderia simplesmente ceder espaço à pós-modernidade, sugerindo que ela teria sido apreendida pelo neoliberalismo. Na dicção de Barroso (2014):

A crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são diretas e imediatamente apreendidas pelos sentidos. Como nas religiões semíticas – judaísmo, cristianismo e islamismo –, tem seu marco zero, seus profetas e acena com o paraíso: vida civilizada, justiça e talvez até felicidade. Como se percebe, o projeto da modernidade não se consumou. Por isso não pode ceder passagem. Não no direito constitucional. A pós-modernidade, na porção em que apreendida pelo pensamento neoliberal, é descrente do constitucionalismo em geral, e o vê como um entrave ao desmonte do Estado social. Nesses tempos de tantas variações esotéricas, se lhe fosse dada a escolha, provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral (Barroso, 2014, p. 104).

Antes de entrar numa articulação mais profunda sobre a pós-modernidade, impõe-se esclarecer de forma mais clara, através de uma análise sistemática e panorâmica do todo da sua teoria neoconstitucionalista, o que Barroso propõe para o direito contemporâneo brasileiro, para, aí sim, verificar se o referencial teórico da pós-modernidade pode ser indicado como fundamento filosófico para a sua teoria.

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO DE BARROSO E O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO: DUAS FACES DA MESMA MOEDA?

Barroso, no primeiro capítulo da sua obra de compilação: *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*, tematiza a respeito da “questão” que ele pretende “resolver” com sua teoria neoconstitucionalista. É que, no texto, ele problematiza a questão da superação da classificação de José Afonso da Silva, das normas constitucionais como sendo de eficácia plena, limitada e restrita (Oliveira; Paiva, 2023). E a tese defendida por Barroso é a da necessidade de uma atuação proativa dos juízes e dos tribunais para uma maior efetividade das normas constitucionais (Barroso, 2014).

Articulada essa questão, Barroso propõe sua teoria neoconstitucionalista a partir de três marcos, o histórico, o filosófico e o teórico, e esses marcos compõem a estrutura fundamental de sua teoria, temática que consta do artigo *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil*, que também consta no mesmo livro mencionado no parágrafo anterior (Barroso, 2014).

Os marcos históricos são o pós-guerra na Europa e a redemocratização e a Constituição de 1988 no Brasil. Para Barroso, o que existiria em comum entre eles seria o fato de se ter ganhado importância o que consta das constituições dos estados nacionais, cartas políticas que representam a preponderância da democracia e a positivação dos direitos fundamentais. E isso traz os tribunais e, principalmente, as cortes constitucionais para a centralidade do constitucionalismo contemporâneo (Barroso, 2014).

O marco filosófico estaria no surgimento de um pós-positivismo – que representaria uma espécie de cisão, possibilitadora de mudanças estruturais que teriam resultado dos impactos trazidos pela Teoria Crítica e pela Pós-modernidade, que colocaram em xeque a racionalidade moderna, que até então era o modelo predominante. Barroso articula que esses dois paradigmas teóricos possibilitaram a

superação de um “abismo” que existia entre o jusnaturalismo e o positivismo, de sorte que o pós-positivismo passaria a ser uma espécie de sincretismo metodológico *genérico, difuso e abrangente* de ideias desses dois modelos que estavam em pólos oposto (Oliveira; Paiva, 2023). Literalmente: “A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo” (Barroso, 2014, p. 192).

Quanto ao marco teórico, ele estaria representado por uma nova dogmática jurídica, “três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do Direito Constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional” (Barroso, 2014, p. 193). Em apertada síntese de lavra do próprio teórico:

o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do direito (Barroso, 2014, p. 201).

A questão propriamente do ativismo judicial está tematizada no artigo *Constituição, democracia e supremacia judicial – direito e política no Brasil contemporâneo*, texto também inserto no livro *O novo direito constitucional brasileiro* (Barroso, 2014). É nesse artigo que o constitucionalista em destaque articula uma análise sobre as interconexões entre direito e política, tematizando as relações entre a teoria do direito e a sua prática, do que exsurge a sua tese da existência de uma proeminência da atuação do juiz e, portanto, do próprio poder judiciário.

Feito isso e com o fito de propor uma superação o positivismo, Barroso articula que o direito, em que pese possa ser objeto de estudo científico, não seria uma espécie de ciência natural, mas antes marcado pela questão da vontade humana (Barroso, 2014). Fato é que, por se tratar de ciência social e por ter pretensão prescritiva, as normas jurídicas seriam criadas por decisões e escolhas políticas,

levando-se em conta as circunstâncias próprias e buscando determinados fins (Oliveira; Paiva, 2023).

Argumenta, ainda, Barroso que na Constituição existem normas com linguagem aberta e elástica, cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios, que oferecem uma zona cinzenta, espaço para valorações e a manifestação da subjetividade e criatividade dos magistrados, do que decorreria uma perda de objetividade, inclusive quanto ao sentido semântico da norma. E mesmo que se cogite de certo consenso sobre algumas questões, em outras situações existiriam insuperáveis desacordos morais, fruto da diversidade cultural de uma sociedade pluralista.

De posse dessa reflexão, Barroso defende que, em casos de interpretação de normas constitucionais de conteúdo vago, textura aberta etc., ou quando houver colisão que envolva direitos fundamentais, o juiz, através da ponderação ou proporcionalidade, resolverá o caso concreto, escolhendo a resposta mais adequada à “vontade da Constituição” (Barroso, 2014).

Em outras palavras, afirma o teórico que existe um espaço de criatividade, em que o sentido da norma deve ser decidido pelo sujeito-juiz, o que seria feito a partir dos métodos de interpretação constitucional, observando-se tão somente a moldura constitucional. Na mesma linha, acrescenta que não existirem decisões prontas, devendo o magistrado deve se guiar por aspectos da moral e da política em busca do justo, do bem e do legítimo (Barroso, 2014).

4 PÓS-MODERNIDADE: UM CONTRAPONTO AO SUBJETIVISMO

Na linha desenvolvida por Lyotard, a pós-modernidade seria uma espécie de ambiente intelectual em que se construiu a ideia de que o pensamento metafísico moderno teria conduzido, historicamente, a humanidade para uma era de agonia e perda de legitimidade (LYOTARD, 2004). Nesse mesmo sentido, Bauman (2006), Lipovetsky (2009) e Morin (2005).

Oliveira (2012), por exemplo, recorrendo a Lyotard (2004), aduz que uma perspectiva que pode ser usada para identificar o marco divisório entre o que seria o pré-moderno, o moderno e o pós-moderno seria o tipo de narração utilizada, sendo o pré-moderno relacionado às narrações míticas ou religiosas, que se legitimariam por sua transmissão, com uma espécie de apreensão privilegiada por seres ungidos –

oráculos escolhidos –, contra os quais não se duvidaria sobre a idoneidade da mensagem recebida.

O moderno, que tem sido representado como resultado da emancipação do homem e da razão que lhe estrutura como ser diferenciado entre os demais seres viventes, teria ganhado corpo com o desenvolvimento das ciências da natureza e com o rompimento com a fundamentação em um absoluto mítico ou religioso, passando-se a considerar a técnica, a ciência, uma espécie de epistemologização do conhecimento, por assim dizer.

Interessante perceber que, para Boaventura, o conhecimento que emerge (na Modernidade) é pautado unicamente na razão e ele, embora pretenda romper com um absoluto mítico ou religioso, pretende-se, da mesma forma, totalizante e totalitário. Totalizante porque se pretende absoluto, como se não houvesse conhecimento válido fora desse esquema, e totalitário, na proporção “em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento, que não se pautam pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas” (Santos, 2007, p. 61)

A chamada pós-modernidade, portanto, poderia ser entendida como o surgimento de uma série de discussões críticas sobre a modernidade e seus conceitos fundamentais, a exemplo da verdade, razão, legitimidade, universalidade, sujeito, progresso etc. (Oliveira, 2013). A fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiança sobre todos os discursos que se pretendem universais ou totalizantes são alguns dos destaques do pensamento pós-moderno.

Para Chevitarese (2001, p. 1), o “efeito da desilusão, dos sonhos alimentados na modernidade se faz presente, inclusive, nas três esferas axiológicas por ela mesma diferenciadas: a estética, a ética e a ciência”. Esses três “campos de conhecimento” passam a ser revisitados, surgindo alternativas às que antes consistiam em verdadeiros dogmas.

Procurando-se contrapor ao modo de pensar da modernidade, a pós-modernidade, então, pretende uma ruptura radical com a articulação do sentido do todo, como ideia de um sistema fechado, e caminha em busca de outras possibilidades de legitimação do saber. Exsurge dessa reflexão, segundo Lyotard (1993), uma tendência à articulação da “diferença” como instância teórica que revelaria o abandono de uma metadiscursos unificador de todas as coisas, abrindo a perspectiva de inarredável coexistência de múltiplas formas de pensar (Oliveira, 2012).

Esse pensamento colocava em questão a própria possibilidade de um conhecimento seguramente válido, recaindo-se numa busca pela destrancendentalização⁵ – ou desepistemologização – da razão, dado que o sujeito seria retirado do centro do pensamento. O homem já não seria a fonte absoluta de constituição do sentido do mundo, mas, antes, um ser que se apresenta historicado, concretizado, corporificado e linguificado e, portanto, marcado pela linguagem, pela história e pelo mundo.

Assim, não se poderia mais falar de uma razão una, mas somente de uma razão plural, marcada pela história, pelos contextos e pela linguagem (Oliveira, 2012). Nesta linha, poder-se-ia dizer que o desenvolvimento de jogos de linguagem específicos, de referenciais teóricos, de tradições, de formas alternativas de conhecimento etc., não decorreriam de um único *ente fundamental* (que não seria Deus nem o homem), mas da possibilidade de coexistência e interrelação de todas essas formas de pensamento, e isso é que constituiria o traço fundamental da razão.

Daí Lyotard (1991) afirmar que na sociedade e na cultura contemporâneas “*la cuestión de la legitimación del saber se plantea en otros términos. El gran relato ha perdido su credibilidad, sea cual sea el modo de unificación que se le haya asignado: relato especulativo, relato de emancipación*” (Lyotard, 1991, p. 33).

O pensamento pós-moderno se entenderia, então, como o processo de libertação do uno, do imutável e do eterno, para caminhar no sentido da pluralidade, da diversidade, do efêmero, do líquido etc. (Lipovetsky, 2009; Bauman, 2003). Exsurge uma valorização das individualidades e das peculiaridades contingentes e efêmeras, mas consideradas num auditório de múltiplas cosmovisões.

A concepção de realidade é relativizada, o ceticismo aparece como consequência natural, e o homem passa a se deparar com minorias étnicas, sexuais, religiosas, culturais, estéticas que gritam por espaço e por palavra, vez e voz.

E o grande desafio é exatamente dar conta de toda essa complexidade. Se perguntarmos, segundo Lyotard (1991), se “devemos continuar a compreender a multiplicidade dos fenômenos sociais e não-sociais à luz da ideia de uma história universal da humanidade? O problema central dessa questão está no ‘nós’” (Lyotard, 1991, p. 37). E esse “nós”, caso negue o outro em nome de uma pretensa humanidade

⁵ Compreendido aqui o conceito de transcendental não como algo místico, divino ou mítico, mas como *condição de possibilidade*.

universal, em nome de uma meta história (produzida somente pelo “eu”), representará nítido ato de violência, de mera imposição.

Essa perda da unidade é, na verdade, mais um passo na emancipação do homem, pois abre espaço para o respeito e a consideração do outro, do diferente, do esquecido, desvelando-se uma racionalidade que não se opera a partir de um único sujeito, mas entre sujeitos de linguagem, que falam sobre algo do mundo. Aparece, assim, o desafio de se pensar esse espaço de coexistência, ou seja, o mundo no qual o homem está jogado, uma dimensão de comensurabilidade na qual as interconexões entre os diversos sistemas possibilitariam o aparecimento dos distintos sentidos para os entes do mundo (Oliveira, 2014).

Eis o específico do pensamento pós-moderno: “as condições irrecusáveis de nosso ser no mundo são sistemas sem unidade interna e sem centro absoluto” (Oliveira, 2012, p. 70). O homem pós-moderno é um ser finito de possibilidades infinitas, e seu porvir ainda não foi escrito. As visões de mundo dos sujeitos, nessa perspectiva, para que possam ser bem compreendidas, devem estar, assim, também muito bem contextualizadas.

Desenvolvida essa ideia, a linguagem aparece como o caminho de acesso ao mundo, ou seja, aos sentidos do mundo manifestados pelos sujeitos de discurso. Todo o acesso a entidades do mundo é resultado de processos intersubjetivos de entendimento dos mundos vividos nas mais diversas comunidades históricas, a partir dos distintos referenciais teóricos.

Feito esse percurso, é disso que se passa a cogitar, na contramão do subjetivismo defendido por Barroso. O diálogo entre as pessoas, entre as fontes e os sistemas referenciais substitui a razão monológica e o sujeito solipsista da modernidade, fatores que acabam sendo centrais no neoconstitucionalismo de Barroso.

O sujeito, embora mantenha sua singularidade, passa a ser em sua relação com outros seres e não de forma unitária, já que se houvesse uma sobreposição sua sobre o outro, a própria singularidade desse outro perderia sua importância. A autoridade epistêmica sai, assim, do sujeito em si e passa para a comunidade de sujeitos, que se entendem a partir de um mundo vivido e compartilhado.

No próximo tópico, será realizado um cotejo analítico entre as questões tematizadas nesta seção e o modo como Barroso instrumentalizou a pós-modernidade

no seu neoconstitucionalismo, articulando não só as contradições, mas, indo além disso, trazendo reflexões com o objetivo de se avançar no debate sobre o tema.

5 UMA ANÁLISE DA TEORIA DE BARROSO SOB O PRISMA DA PÓS-MODERNIDADE E DEMAIS OBJEÇÕES DA DOCTRINA

Propondo uma reflexão crítica sobre a teoria de Barroso, Streck (2011) articula que o pós-positivismo por ele tematizado somente teria sentido, como um novo paradigma do direito que rompe propriamente com o positivismo, caso pudesse ser confrontado com os diversos positivismos e, depois disso, fosse demonstrado em que medida seria de fato um paradigma superior. Assim, não bastaria se mostrar mais adequado do que o positivismo exegético, o único contraposto por Barroso, mas teria de ter existido um enfrentamento do positivismo também em sua forma normativista, semântico-discrecional, à qual ele nitidamente se acosta.

Não só isso, poderia se acrescentar que Barroso, na verdade, teria que confrontar, além delas, as teorias positivistas mais contemporâneas, pós-Hart (Hart, 2018), sejam elas da linha do positivismo exclusivo, do qual podemos citar como exemplo Joseph Raz (2009), Andrei Marmor (2005), Scott Shapiro (2011) e, no Brasil, Dimitri Dimoulis (2006) e Bruno Torrano (2014), ou na linha do inclusivo (Etcheverry, 2006), na perspectiva, por exemplo, do que tematiza Coleman (2001). Do que Barroso tampouco cuidou.

Para Torrano, inclusive, tanto o positivismo exclusivo quanto o inclusivo, de um modo ou de outro, tratam de tentar dar conta dessa nova realidade constitucional, que diz respeito à positivação dos valores e que se tem convencido chamar de neoconstitucionalismo. (TORRANO, 2014, p. 29-33). Duarte (2006) articula algo semelhante e Pozzolo (2001) afirma, na mesma linha, que o neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo são teorias bem parecidas.

Para Dimoulis (2006), existiria ainda uma situação curiosa que mereceria destaque. É que aqueles que se filiam a esse neoconstitucionalismo *à brasileira*, ao modo do é articulado por Barroso, propõe uma espécie de sincretismo teórico, uma mistura de teorias que são bastante heterogêneas e diversas – Dworkin, Alexy, Häberle, Ferrajoli etc. E o que torna isso ainda mais *sui generis* seria o fato de que nenhum desses teóricos, objeto deste *blend* teórico, originariamente, definir-se-ia como sendo neoconstitucionalista de estirpe.

Campos e Albuquerque também chamam a atenção para a denominada Nova Hermenêutica Constitucional – a “moderna dogmática jurídica”, nas palavras de Barroso –, destacando que não existe teoria precisa e clara sobre esse suposto novo modo de interpretar a Constituição, já que o que há é tão somente “um apanhado de referências teóricas estrangeiras que, muitas vezes, pouco dialogam entre si e dizem pouco sobre os problemas constitucionais da realidade brasileira” (Campos, 2015, p. 774-792), questão também tematizada por Virgílio Afonso da Silva (2007).

Ferrajoli (2015) articula seu garantismo, que possui inegável influência da filosofia jurídica analítica, revelando como a questão da positivação dos direitos fundamentais e a diferenciação entre regras e princípios, por exemplo, trouxe uma espécie de aperfeiçoamento do positivismo, que já considera essa virada da mera legalidade para a constitucionalidade (Ferrajoli, 2012).

Desse modo, haveria de ter uma efetiva descontinuidade de cunho paradigmático, através da qual os elementos caracterizadores do positivismo seriam ultrapassados por uma nova concepção de direito. Caso isso não fosse demonstrável, seria inadequado falar em giro paradigmático, o que revela uma dificuldade de se adotar a tese do pós-positivismo de Barroso.

Até mesmo porque, na linha das reflexões trazidas pela pós-modernidade, se as diversas cosmovisões coexistem em um auditório universal de discurso, é possível supor que as teorias positivistas, antipositivistas, neoconstitucionalistas, jusnaturalistas etc. possam coexistir, sendo certo que o mais importante passaria a ser a identificação de interconexões entre elas, e não qual delas vai, por fim, prevalecer, já que não existiria mais um único caminho a ser seguido, lembre-se. Esse, sim, poderia ser um caminho para se pensar a relação entre a pós-modernidade e o direito, uma abertura reflexiva para ideia para se pensar o pós-positivismo, caso assim se queira falar, como uma espécie de direito pós-transcendental.

Em complemento, além de Barroso somente enfrentar o positivismo exegético, mas não os demais positivismos (normativista, inclusivo, exclusivo etc.), o mesmo autor ainda assume o próprio positivismo, oferecendo uma solução baseada em um sincretismo entre ele, o positivismo e o jusnaturalismo, o que revela uma proposta teórica insegura, em que simplesmente se deveria passar a confiar no juiz e no judiciário para a afirmação da justiça do caso concreto, a partir de uma suposta e ilusória “vontade” da Constituição, o que revela que Barroso adere ao princípio da discricionariedade, mantendo-se preso às amarras do paradigma do qual pretende se

descolar e gerando uma zona de penumbra ainda maior, que pode servir para a manifestação de autoritarismos e arbitrariedades, principalmente quando considerado o contexto histórico brasileiro. Ou seja, mais uma forma de se confundir o público e o privado, modelo que historicamente já está presente no Brasil e que serve unicamente aos donos do poder (Holanda, 1969).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que Barroso pretendeu com suas reflexões a respeito da pós-modernidade foi retirar da centralidade do pensamento jurídico um suposto paradigma objetivista, adstrito a uma mera legalidade de cunho positivista-literalista, migrando para uma perspectiva subjetivista-interpretativista, em que os sujeitos que ocupam os assentos dos juízos e tribunais passam a interpretar sob a moldura da Constituição. Eis o ponto nodal.

É o que se infere, especificamente, quando ele discorre de abalo à objetividade e à neutralidade das ciências e da necessária consideração da ideologia do juiz, preconizando a militância do ator jurídico, o ativismo judicial.

Entretanto, do tópico em que se aprofundaram algumas temáticas trabalhadas pelos teóricos pós-modernos, a leitura trazida por Barroso e o impacto dessa leitura para o direito não seria a mais adequada, revelando um grave problema semântico no uso retórico que ele fez da pós-modernidade.

Barroso adota a pós-modernidade para propor um ativismo judicial, que é particularista e subjetivista e, portanto, também excludente e exclusivista, de sorte que não promove nem a intersubjetividade e nem a linguagem (na sua dimensão maximal), como grandezas também importantes, implicando em inescapável contradição performativa, já que Barroso, por fim, adota o específico da modernidade, o subjetivismo, modelo que, na realidade, está na alça de mira da pós-modernidade. E essa contradição revela, ao lado do problema semântico, um grave problema de lógica na teoria ora analisada.

Relembre-se que o que a pós-modernidade revelou foi a existência de múltiplas cosmovisões, e que essa multiplicidade de ideologias convive ou precisa conviver num mundo, que é real, prático, mas também dialogado e teórico. E isso vale também para o direito.

Assim, considerando esses aspectos e pensando nessas questões para o direito, numa perspectiva pragmática, o que se desvela seria a necessidade de uma

movimentação ao encontro de processos dialogais e inclusivos, nos quais se reflita sobre a comensurabilidade e a interconexão entre diferentes cosmovisões, referenciais teóricos, ideologias, formas de ver o mundo etc.

E, considerando-se que qualquer asserção sobre os fatos e relações do e no mundo proferida por qualquer pessoa – como acontece, por exemplo, num ato decisório de um juiz –, deve estar sempre contextualizada e historicizada, o que exsuriria seria a necessidade de uma maior centralidade da linguagem no direito, em especial se olharmos para ele, o direito, do prisma da decisão judicial, lugar de onde também olhou Barroso na construção de seu neoconstitucionalismo.

Diante do que, além do neoconstitucionalismo de Barroso ter instrumentalizado um sentido para a pós-modernidade, que não se mostrou adequado para justificar uma suposta superação do positivismo pelo pós-positivismo, ele não articula um pós-positivismo que, de fato, rompa com o que é o específico do positivismo, não só por não enfrentar adequadamente as teorias positivistas, mas por endossar o próprio subjetivismo que deveria se propor a superar, o que demonstra mais um claro defeito lógico de sua teorização.

Uma última reflexão que o presente estudo pode proporcionar é que o horizonte temático que uma teoria pós-positivista poderia explorar seria a consideração de uma virada radical em favor da linguagem.

E percebe-se que essa adoção da linguagem como dimensão central, também para o direito, poderia inclusive impactar a própria questão da relação entre direito e moral, que poderia passar principalmente a ser analisada a partir da relação entre direito e ética – considerando-se a perspectiva de que a moral é de uma pessoa ou de um grupo, estando no nível do sujeito, e que a ética estaria no nível da teoricidade, ou seja, que é objeto teorias éticas estudadas e debatidas na filosofia (Viana, 2019) –, fato que poderia alçar a ética à condição de dimensão necessária ao direito, o que não conflitaria com a tese da separação conceitual entre direito e moral – que talvez seja a tese principal dos positivismos –, mas traria para dentro do conceito de direito a dimensão irrecusável dos direitos humanos ou fundamentais, que pode ser debatida em diversos níveis teóricos e filosóficos.

Fosse esse um cenário a se vislumbrar, os operadores do direito e, em especial os juízes e tribunais, não atuariam somente a partir da técnica e da discricionariedade, grandezas próprias do positivismo, mas de forma ética e através de uma perspectiva de racionalidade revisitada pela filosofia, para a qual a teoricidade se sobrepõe à mera

discricionariedade, bem como a verdade e a correção de uma decisão judicial seria analisada segundo o que consta no processo do qual ela advém, e da perspectiva dos possíveis interlocutores, não se contentando com meros subjetivismos, ainda que a partir de uma estrutura transcendental prévia – o que, por exemplo, acontece com o princípio da proporcionalidade, que tem a aparência de um roteiro que pode ou deve ser seguido pelos juízes em determinados casos.

Esse horizonte para o qual se olha, de cunho pós-transcendental, que não retira o sujeito do jogo, mas que o compreende a partir da intersubjetividade e da consideração da linguagem como dimensões centrais, a ciência precisa de uma fundamentação filosófica, que reflita tanto sobre a racionalidade, como também sobre as ações práticas dos homens e sua normatividade, mas não mais sobre a batuta da moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas (ainda que de um juiz ou grupo de juízes), e sim a partir de teorias, que possam articular um “de onde” e um “para onde”, cuja adequação pode ser refletida, avaliada, refinada e aperfeiçoada.

Não se poderia deixar de considerar, ainda nessa linha vislumbrada, que, no contexto atual, em que a ciência e também o direito estão diretamente ligados com o próprio destino do ser humano, configura-se uma problemática irrecusável se perguntar sobre uma fundamentação racional das ações do homem no mundo. Tema do qual a ciência do direito não poderia, por exemplo, furtar-se de considerar. Nesse sentido, o direito, ainda que compreendido à luz da ciência, passa a pressupor a ética, ainda que traduzida para a dimensão dos direitos humanos e fundamentais, e discordar dessa afirmação seria incorrer em contradição performativa.

Observando essas considerações, a filosofia passaria a assumir, para esse direito pós-transcendental, a tarefa de articular, não só a relação entre ciência (a técnica) e o direito, mas também a relação entre o direito e a ética. Mais do que isso, de trazer subsídios para que pense a própria questão da teoriedade como dimensão estrutural da racionalidade e, assim, para a avaliação das pretensões de verdade das próprias teorias desenvolvidas, o que obviamente não aconteceria pelo modo binário do tudo ou nada, mas em graus.

E, nesse sentido, o que se vislumbra é uma grande necessidade de se renovar a importância da filosofia, da sociologia, da história e demais disciplinas de cunho teórico, para o direito.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3 reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 02, p. 774-792, 2015.
- CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- CHEVITARESE, Leandro. As “Razões” da Pós-modernidade. Análogos. *In: SAF-PUC*, 2001. Rio de Janeiro. *Anais [...]* Rio de Janeiro: MBooklink, 2001.
- COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defense of pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford U., 2001.
- COSTA, Reginaldo da. Discurso, direito e democracia em Habermas. *In: DIREITO e legitimidade*. São Paulo, Landy, 2003.
- DIMOLIUS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- ETCHEVERRY, Juan Bautista. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2006.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Globo, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX*. Organização e tradução de Alfredo Capetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. *In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*, 9., 2012. *Anais [...]* 2012. p. 95-113.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2. ed. Madri: Trotta, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Fundação Caloutre Gulbenkian, Lisboa.

- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. Editora Companhia das Letras, 2012.
- LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.
- LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno explicado às crianças*, 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 1993.
- MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. 2. ed., Portland (EUA): Hart, 2005.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. ed. rev. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- OLIVEIRA, David Barbosa de. O fim das grandes narrativas modernas e sua influência sobre a concepção de patrimônio cultural. *Políticas Culturais em Revista*, 2013, v. 6, n. 1, p. 85–98. Disponível em: <https://doi.org/10.9771/1983-3717pcr.v6i1.8250>. Acesso em: 11 abr. 2023.
- OLIVEIRA, David Barbosa de; PAIVA, Thiago Cordeiro Gondim de. Da teoria crítica se pode inferir um neoconstitucionalismo subjetivista-particularista? Uma análise hermenêutico-fenomenológica da teoria de Luís Roberto Barroso. *Nomos – Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, v. 43.1, jan./jun.2023, 2023
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Antropologia filosófica contemporânea: subjetividade e inversão teórica*. São Paulo: Paulus, 2012.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A ontologia em debate no pensamento contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 2014.
- OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Ética e racionalidade moderna*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- POZZOLO, Susanna. *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001.
- RAZ, Joseph. *The authority of Law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009.
- SANTOS, Boaventura Sousa dos. *A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez. 2007.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo. Wolfgang (coord). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2008.
- SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Intepretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115-144.
- STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. São Paulo: Duas Cidades, 1973.

STRECK, Lênio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, economia e desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2011, n. 4, p. 9-27.

TORRANO, Bruno. *Do fato a legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VIANA, Wellistony Carvalho. *A filosofia estrutural-sistemática: uma análise interpretativo-sistemática*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019.